



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Compartir bajo la Misma Licencia — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

**LA INDEMINIZACION SUSTITUTIVA Y LA DEVOLUCION DE SALDOS DE
LA PENSION DE VEJEZ DEL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES FRENTE
AL REGIMEN DE LA FUERZA PÚBLICA.**

GIOVANNI DE JESUS QUIROZ NOGUERA *
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

RESUMEN

No obstante que a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no le es aplicable el régimen general de pensiones según lo establecido por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ellos no pueden acceder al derecho a la Indemnización Sustitutiva o Devolución de Aportes por el tiempo en que realizaron las cotizaciones sin completar los requisitos para tener el derecho a la asignación de retiro. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad, se debe aplicar en su integridad la norma que le represente mayor beneficio al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema Integral de Seguridad Social en situaciones que tengan similares o iguales supuestos fácticos o jurídicos.

Palabras claves: Régimen, Coberturas, Principios, Indemnización Sustitutiva, Devolución de Aportes, Tiempos de Servicios.

*QUIROZ NOGUERA Giovanni de Jesús Estudiante de la facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2019. E-mail: giovakiro77@hotmail.com - gdquiroz04@ucatolica.edu.co, directora del trabajo de grado Ángela Niño Chavarro docente de la Universidad Católica de Colombia.

Abstract

Even though the General Pension System, as enshrined in Law 100 of 1993 article 279, does not apply to Military Forces nor to National Police Members, who cannot access the Substitute Compensation right or Contributions Refund for the time they have made their contributions to the system without meeting all the requirements to be entitled to the retirement allowance. According to the State Council's Jurisprudence and the Constitutional Court, by virtue of beneficial and equality principles, the regulation that represents the greatest benefit to the worker, affiliate or beneficiary of the "Sistema Integral de Seguridad Social" (Integral Social Security System) must be applied in its entirety in situations that have similar or equal factual and legal assumptions.

Keywords: Regimen, Coverage, Principles, Substitute Compensation, Contributions Refund, Service times.

INTRODUCCIÓN

Como lo consagra en su artículo 48 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, la Seguridad Social es un derecho fundamental e irrenunciable que busca garantizar una cobertura de las prestaciones económicas de la población, sin ninguna discriminación en cumplimiento del principio de universalidad, el cual es desarrollado de forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y brindarle una mejor calidad de vida acorde con la dignidad humana.

El régimen de la fuerza pública que se encuentra conformado por el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, pertenecientes a un régimen especial o de excepción, contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Lejos de darle un tratamiento favorable y generoso a este grupo de personas debido a la actividad de alto riesgo que desarrollan y en muchos casos se ven sometidos a extenuantes y largas jornadas laborales, no tienen la posibilidad de acceder al derecho de la Indemnización Sustitutiva o Devolución de saldos contempladas en el régimen general de Pensiones, por la inexistencia de estas figuras jurídica en su normatividad existente como son entre otras los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990; Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

En su jurisprudencia la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido reiterativos en cuanto a la obligación que tienen tanto las administradora de pensiones, los regímenes de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad como el régimen de excepción de las Fuerzas Militares, que en casos en los cuales en un régimen pensional especial o de excepción no tenga las mínimas garantías establecidas en el régimen general de pensiones, se deberá dar aplicación a las normas existentes en el sistema general de pensiones consagradas en la ley 100 de 1993, en cumplimiento a los principios de igualdad y favorabilidad.

En virtud de lo anterior, y en consideraciones a los planteamientos que ha venido realizando las altas cortes, se debe determinar ¿Es aplicable a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y devolución de saldos conforme a lo dispuesto por la ley 100 de 1993?

Por consiguiente, veremos cómo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a través de sus sentencias han venido desarrollando los principios de igualdad y favorabilidad en seguridad social, frente a casos en los cuales al encontrarse ante una situación semejante entre un régimen de excepción y el régimen general de pensiones consagrado en la ley 100 de 1993, le debe ser aplicado este último en su integridad, por serle más favorable al afiliado, como medida de protección de un derecho adquirido.

1. SISTEMA INTEGRAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

En desarrollo del derecho a la seguridad social, en cumplimiento del art. 48 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1.993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en su preámbulo la define como:

El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Cabe destacar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra la contingencia derivada de la vejez, invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las

prestaciones que determina esta ley. Así como la de propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de la población no cubiertos con un sistema pensional, el cual se encuentra compuesto por dos regímenes que son excluyentes, pero coexisten como son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Se establece como pensión obligatoria, la compensación que reciben los afiliados al Sistema General de Pensiones a través de las AFP, una vez estos cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 100 de (1993) en un amparo contra las contingencias derivadas de las situaciones de vejez, invalidez o muerte (Arenas, 2007). El Sistema Pensional, está compuesto por dos tipos de régimen solidarios y excluyentes entre sí, uno, que es el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida –en adelante RPM– y el otro que es el de los Fondos Privados de Pensiones que administran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –en adelante RAIS– (Mesa, 1994; 2004, citado en Pacheco Pulido, I. M. (2015). Del régimen jurídico pensional en Colombia: un estudio sobre la inaplicabilidad del habeas data sobre la información del cotizante. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia).

La constitucionalización de la seguridad social mediante la Carta Magna de 1991, la torna en un derecho irrenunciable garantizado a todos los habitantes del territorio colombiano, que es posteriormente materializado mediante la Ley 100 de 1993, mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objeto “es la protección integral del ciudadano con las necesidades sociales y agrupa la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios sociales complementarios para todas las personas del territorio nacional.” (Silva, 2010. p.20)

1.1. Concepto de seguridad social

En su obra “Régimen de Pensiones en las Convenciones Colectivas”, de Oscar Miguel Valero Rodríguez (2015), muestra algunas definiciones sobre la seguridad social en las que presenta algunos autores entre los que se destacan Carlos Martí Buffill (1974), en lo que señala que, el

concepto de seguridad social involucra tantas definiciones como criterios sobre los cuales se quiera poner el énfasis; por ello:

[...] en cuanto al hombre es un derecho; en cuanto al Estado, una política; en cuanto a la ciencia jurídica, una disciplina; en cuanto a la filosofía, es una expresión de la justicia; en cuanto a la sociedad, un factor de solidaridad; en cuanto a la administración, un servicio público; en cuanto al desarrollo, un factor integrante de la política general; en cuanto a la economía, un factor de la redistribución de la riqueza, y así podríamos seguir con numerosos ángulos desde los que se podría enfocar la seguridad (citado en Cortés González, 2009, p. 46).

Giovanni Tamburi (director del Departamento de Seguridad Social de la OIT) afirma que “el concepto de seguridad social es ambiguo por excelencia y por lo tanto cada país debe darse su propio concepto de seguridad social, de acuerdo con la política social del respectivo Estado y con los recursos disponibles para otorgar servicios” (1989, citado en Cañón Ortégón, 2007, p. 79). Esta posición, en últimas, sugiere rendirse al relativismo legal y acogerse al concepto de seguridad social construido por el Derecho vigente en cada caso.

Así mismo, el conocido doctrinante Almanza Pastor reitera que la seguridad social es “un instrumento estatal, específico protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección preventiva, emprendedora y reparadora tienen derechos los individuos en la extensión y límites que las normas dispongan, según permita su organización financiera” (Almanza Pastor, 1977, citado en Cañón Ortégón, 2007, p. 78).

Almanza (1991, citado en Luis Jesús Salazar Morales. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia. P.62) define la seguridad social desde un punto de vista político y punto de vista jurídico, desde el punto de vista político la seguridad social

Es un fin, una misión fundamental del Estado, que afecta a toda la sociedad, ese fin es la liberación de necesidades sociales, que implica la provisión de bienes materiales, morales y espirituales encaminados a obtener el bien común” (p. 58), desde el punto de

vista jurídico, se refiere “a los instrumentos o medios para conseguir la finalidad política, teniendo en cuenta la realidad de cada país en cada época.

En el mismo sentido, casi con idénticas palabras, afirma Gustavo Arce Cano (p.15, 1972):

[...] la seguridad social es el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social.

De acuerdo con las políticas de Seguridad Social Integral implementadas por el gobierno a partir de la ley 91 de 1993, ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 1995, en la cual tiene como uno de sus objetivos, la de brindar una mayor cobertura y calidad de vida a la población en cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad, integridad y unidad; que igualmente hacen parte del régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deben proteger los derechos de igualdad, equidad y favorabilidad, cuando por alguna situación jurídica pueden verse amenazados estos derechos.

Según Ruiz, en su obra Políticas públicas en salud y su impacto en el seguro, el informe Beveridge, por primera vez, hacía una diferencia exacta entre seguro social y seguridad social. Indicando que solamente existe seguridad social cuando está toda la población protegida por los seguros sociales; por uno o varios, pero lo importante es que toda la población está protegida.

2. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como lo señala el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como un derecho irrenunciable de todas las personas. En desarrollo de lo

anterior, mediante la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las contingencias derivadas de la vejez, la salud, la invalidez y la muerte, que pueden afectar la calidad de vida de una persona acorde con el principio de la dignidad humana.

El Sistema Integral se compone de cuatro subsistemas básicos: el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Laborales y los servicios sociales complementarios (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-1075, 2012).

La interpretación e incorporación de los principios en el Derecho Constitucional ha sido referenciada por los jueces constitucionales en sus decisiones. Ejemplo de ello es el Tribunal Constitucional Federal alemán que, en sus pronunciamientos y decisiones jurisprudenciales ha subrayado la importancia de los principios para resolver los complejos asuntos jurídicos de los Estados contemporáneos (Llano & Velasco, 2016).

Si bien los principios sobre los cuales se estructura el Sistema General de Pensiones como se relacionan en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, son el de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación; del mismo modo existen otros que forman parte del Código Iberoamericano de Seguridad Social (CISS), que fue acordado en la reunión de ministros y máximos responsables de seguridad social de los países iberoamericanos, celebrada en Madrid, España los días 18 y 19 de septiembre de 1995 y aprobado por Colombia mediante la Ley 516 del 04 de agosto de 1999, (Social, 2014), los cuales también deben ser tenidos en cuenta a la hora en que se deba resolver si un miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen o no derecho al reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva o Devolución de Saldos, por encontrarse en igual situación y cumplir con los mismos requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

2.1. Principio de progresividad

Dentro del desarrollo de los principios que rigen la Seguridad Social, cabe destacar el señalamiento que realiza la Corte Constitucional en su Sentencia C-533/12, donde declara que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encamina a que el Estado reconozca prestaciones mayores y superiores en esos campos, hasta llevar a una cobertura universal.

De igual manera Gerardo Arenas Monsalve en su escrito “Los Principios de la Seguridad Social en Iberoamérica” como participante en la obra conmemorativa del sexagésimo aniversario de la Organización Iberoamérica de Seguridad Social (OISS), el principio de la progresividad alude a la idea según la cual la protección que brindan los sistemas de seguridad social debe ser cada vez mayor para las personas, habida cuenta de las limitaciones económicas que tales sistemas enfrentan para establecer *ab initio* una protección plena. Este principio se basa en la idea de que las sociedades aspiran cada vez a un mayor bienestar económico y social, de suerte que los sistemas de seguridad social deben tener una tendencia permanente al mejoramiento de la protección.

El principio de progresividad tiene importante reconocimiento jurídico en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual establece el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

Cabe señalar que, el principio de progresividad en el derecho colombiano tiene plena vigencia en el marco constitucional pese a que carece de enunciación formal. Ello ha sido posible a través del denominado Bloque de Constitucionalidad, esto es, la prevalencia en el orden interno que la Constitución reconoce a los tratados y convenios internacionales ratificados (Const., 1991, art. 93). Este principio ha tenido en Colombia importante incidencia en la jurisprudencia constitucional, por lo que la Corte Constitucional ha retirado del ordenamiento, por ser contrarias a la Constitución, algunas normas modificatorias *in pejus* del nivel de protección que se tenía en la legislación (Social, 2014).

2.2. Principio de universalidad

La Corte Constitucional, ha manifestado que el principio de universalidad representa uno de los componentes esenciales del sistema de seguridad social, y se encuentra íntimamente vinculado al principio constitucional de igualdad. Este precepto persigue la satisfacción del amparo que otorga la seguridad social a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de la vida y sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, origen nacional o familiar, idioma, religión, opinión política o filosófica, condición económica, física o mental.

Según el Código Iberoamericano de Seguridad Social (CISS acordado en la reunión de ministros y máximos responsables de seguridad social de los países iberoamericanos celebrada en Madrid, España en 1995, señala que este principio no se asume conceptualmente sino en su proyección práctica; se establece que “la efectividad protectora de los sistemas de seguridad social” está en relación de dependencia con criterios de “coordinación de los diferentes programas de protección social”, con la finalidad de garantizar “una cobertura más racional y eficaz de las diversas necesidades”. Igualmente declara el compromiso de los Estados de procurar la “coordinación institucional de las ramas, regímenes, técnicas y niveles de protección social” (CISS, 1995, art. 14).

Adicionalmente, dentro de la búsqueda del propósito de universalidad de la protección, el CISS impulsa, “dentro de las posibilidades de cada país”, el “desarrollo efectivo del derecho a la salud, especialmente en los ámbitos preventivos y de atención primaria” (CISS, 1995, art. 10º-1).

En el derecho colombiano se comparten estos propósitos, cuando, por una parte, la Constitución enfatiza el derecho a la salud dentro de la seguridad social (Const., 1991, art. 49) y en cuanto al derecho a la pensión desarrollado en el art. 48 (inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005), lo que ha implicado el mayor esfuerzo de universalización de la protección en salud a través del régimen contributivo y subsidiado previstos en la ley.

Por otro lado, la proyección práctica de la universalización se comparte igualmente cuando la Constitución señala que constituye una responsabilidad del Estado “la dirección, coordinación y control” del sistema de seguridad social en su conjunto.

2.3. Principio de favorabilidad

El Consejo de Estado en su sentencia 009 del 01 de marzo de 2018, hace una referencia a este principio en cuanto a su aplicación, señalando que el principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó “La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador” (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sentencia de UnificaciónSII-009, 2018).

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política indicando que “el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” (1991). Al igual que en el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 21 que señala “en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad” (1950).

2.4. Principio protector o protectorio

La Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda del Consejo de Estado, en su sentencia de unificación Pensión de sobreviviente de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad del 01 de marzo de 2018, expresó que el principio protector o protectorio es el más importante en materia laboral. En virtud que este principio protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, expediente 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), sentencia sii-009, 2018).

La trascendencia de este principio “radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación”. Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual “el legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador”. Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el *in dubio pro operario*, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, y el de la primacía de la realidad sobre las formas. Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 68001-23-33-000-2015-00965-013760-16 Sentencia SII-009, 2018).

2.5. Principio de integralidad.

Según lo establecido en el artículo segundo de la Ley 100 de 1993, el principio de integridad es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quién contribuirá

según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.

La integralidad, en el marco de la Seguridad Social debe amparar contra todos los riesgos o contingencias sociales y sus prestaciones han de ser suficientes para asegurar un mínimo adecuado. (Mesa-Lago, 2005, p. 21), citado en el artículo escrito por Luis Jesús Salazar Morales de la Universidad Católica de Colombia, “Derecho a la pensión de sobrevivientes para los hijos de crianza en el Actual Sistema General de Pensiones Colombiano.”

2.6. Principio de igualdad

El Estado debe materializar este principio por medio de acciones positivas encaminadas a eliminar la desigualdad, promover la inclusión y la participación y garantizar a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad o de inferioridad el goce efectivo de sus derechos fundamentales, el Estado debe distribuir las cargas y beneficios sociales de manera equitativa como lo señala la Corte Constitucional en su Sentencia C 1064 de 2001 (Morales, 2015).

En seguridad social este principio se manifiesta a través de los principios de solidaridad y de universalidad, en virtud de los cuales se pretende la protección de toda la sociedad contra todas las contingencias, mediante la contribución de todos los que tienen capacidad económica para hacerlo y eximiendo a quienes no tiene capacidad económica, este principio se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991 en el artículo 13 el cual consagra:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En la formulación del Estado Social de Derecho no basta la simple enunciación constitucional de la igualdad formal ante la ley, es necesario además “que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario” (Corte Constitucional, Sentencia C-104, 1993). Por ello, como ha señalado la jurisprudencia, la función de unificación jurisprudencial por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y su observancia por los operadores jurídicos es una materialización directa del principio de igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C-634, 2011).

De igual manera, en auto del 4 de abril de 2013, expediente 2013-00019, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

Pues bien, ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la Ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. Por lo tanto, en el ejercicio de la administración de justicia, debe observarse con sigilo la realización de este principio, y ello se materializa a la hora de proferir decisiones en conflictos jurídicos puestos a su consideración, en los que se tendrá a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos, pues en la medida en que se presente una misma situación de hecho y de derecho, se acudirá a ella para darle solución en derecho y en justicia a los conflictos.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-461 de 1995, declaró la exequibilidad condicionada de un aparte del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, “siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)”, en razón a lo señalado en la sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara, en lo siguiente:

(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias.

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, “el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones” (Corte Constitucional, Sentencia T-461, 1995).

La Ley 1437 de 2011 por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 3° desarrolla los principios como criterios rectores que deben seguir todas las actuaciones administrativas, del cual destacamos el numeral dos del mencionado artículo que estipula:

(...) En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Ley 1437, 2011).

3. RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM)

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida “es un régimen solidario en que los aportes de sus afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública” (Meza, 2003) el cual fue administrado inicialmente desde 1967 por el Instituto de Seguros Sociales, cubriendo los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Posteriormente mediante el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 se creó la Administradora Colombiana de Pensiones

(Colpensiones), la cual a partir de la expedición del Decreto 2013 de 2012 asumió la administración del régimen (Defensoría del Pueblo).

Una de las características en el Régimen de Prima Media (RPM) es que los aportes que hacen sus afiliados, sumado a los rendimientos que estos producen, van a un fondo común de naturaleza pública que es administrado por Colpensiones, el cual debe garantizar, cumpliendo los requisitos de ley, el pago a los afiliados de la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes, o una indemnización sustitutiva, dependiendo de la casuística que da origen a la compensación, siendo a su vez un sistema, en el que no pueden hacerse aportes voluntarios ni optar por pensiones anticipadas (Arenas Monsalve, 2007).

3.1. Pensión de vejez

Debe iniciarse por señalar, que las pensiones en Colombia están bajo un esquema de sistema pensional y no de modelo Pardo (2013) puesto que la pensión de vejez es una prestación económica con la cual se obtiene una renta mensual que se otorga a la persona en forma vitalicia y para sus beneficiarios al momento del fallecimiento. De acuerdo a lo establecido por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 en su artículo 33, para obtener la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Tabla 1

Semanas requeridas anualmente

<i>Vigencia</i>	<i>Semanas Requeridas</i>
<i>2004 y anterior</i>	<i>1000</i>
<i>2005</i>	<i>1050</i>
<i>2006</i>	<i>1075</i>
<i>2007</i>	<i>1100</i>
<i>2008</i>	<i>1125</i>
<i>2009</i>	<i>1150</i>
<i>2010</i>	<i>1175</i>
<i>2011</i>	<i>1200</i>
<i>2012</i>	<i>1225</i>
<i>2013</i>	<i>1250</i>
<i>2014</i>	<i>1275</i>
<i>2015 y siguiente</i>	<i>1300</i>

Arenas Monsalve Gerardo, El derecho Colombiano de la Seguridad Social, 2007

3.2. Indemnización sustitutiva

Dentro del desarrollo a este problema jurídico ¿Es procedente reconocer indemnizaciones sustitutivas por tiempos laborados como servidores públicos cuando no se efectuaron aportes legales para previsión social con anterioridad a Ley 100 de 1993?, desarrollado por el Ministerio de Hacienda y la UGPP, presenta los antecedente planteados a la figura de la indemnización sustitutiva y su normatividad aplicable, previa a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual se resalta lo siguiente:

Antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, se crearon para el sector público una multiplicidad de Cajas o entidades de previsión que administraban temas relacionados con salud, riesgos profesionales, pensiones y cesantías. Para pertenecer a dichas Cajas de previsión estipuladas en la Ley 6 de 1945, Decreto 1600 de 1945, Decreto 435 de 1971 y Ley 4 de 1976, el trabajador debía pagar una cuota inicial de una tercera parte del primer sueldo y cuotas periódicas que iban de un 3% a un 5% de la remuneración mensual, dependiendo del año gravable; es importante precisar que estos descuentos se destinaban al pago de riesgos como salud, pensiones, riesgos profesionales y de previsión social (Concepto ugpp, 2017).

De igual forma, sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, se dispuso a destinar tres octavas (3/8) partes del aporte, para cubrir costos pensionales. Así mismo, había entidades que antes de ley 100 de 1993, no afiliaron a sus trabajadores a Caja alguna o no crearon una propia, lo cual originó que no se hicieran los descuentos mencionados quedando desfinanciadas con el paso del tiempo estas pensiones (Concepto ugpp, 2017).

Ahora bien, si un trabajador que no tenía derecho a una pensión reclamaba por ejemplo una devolución de sus aportes hechos a una Caja o al empleador que jamás descontó aportes, en este contexto expuesto, no prosperaba dicha reclamación dado que no existía una figura jurídica que lo permitiera y en estricto derecho los aportes efectuados por el afiliado no estaban construyendo un capital para una pensión, sino que se destinaban a otras obligaciones diferentes. Para estos casos en el sector público aparece la figura llamada “pensión de retiro por vejez”, diseñada para las personas que no alcanzaban a completar los tiempos de pensión. Esta fue derogada por la ley 100 de 1993 (Concepto ugpp, 2017).

Hasta aquí en el caso del sector público es dable concluir que no existía la figura de la indemnización sustitutiva antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y los aportes descontados se destinaban al pago de salud, pensión y riesgos profesionales y previsión social, además de cubrir los costos administrativos de la entidad de previsión social (Concepto ugpp, 2017).

Por su parte, el Seguro Social (empleadores privados y algunos públicos) antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, respecto a la indemnización sustitutiva, tenía normas que sólo aplicaban a sus afiliados tales como los Acuerdos 224 de 19663, 029 de 1985 y 049 de 1990 (aprobados por los Decretos 3041 de 1966, 2879 de 1985 y 758 de 1990), este último en los artículos 9, 14 y 31 estipulaban cuáles eran los requisitos para obtenerla con relación a los tres riesgos cubiertos, es decir que el ISS, siempre tuvo la figura de la indemnización sustitutiva dentro de sus normas (Concepto ugpp, 2017).

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se adopta un nuevo concepto de seguridad social y se crean dos regímenes que conviven entre sí pero que resultan excluyentes a la vez, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Entonces el legislador bajo la idea de mantener el Régimen de Prima Media, toma del Seguro Social sus esquemas de reconocimiento y requisitos pensionales y prestacionales, entre ellos, la indemnización sustitutiva (Concepto ugpp, 2017).

Así pues, la indemnización sustitutiva de que habla el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, nace como una prestación económica que se otorga a las personas afiliadas al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, cuando: i) no completan el número de semanas cotizadas mínimas para una pensión de vejez y manifiestan su imposibilidad de seguir cotizando o ii) cuando se invalidan (artículo 45) o mueren (artículo 49), sin que hayan dejado causados los requisitos necesarios para la pensión correspondiente. La indemnización sustitutiva es entonces un pago que se hace a quién no pudo alcanzar la pensión, teniendo en cuenta que en éste se incluyen las cotizaciones realizadas por el trabajador (Concepto ugpp, 2017).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 estableció la indemnización sustitutiva de la pensión como una prestación a la que tiene derecho una persona afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando se presenta una situación que impide consolidar el derecho a la pensión. Es así como en los artículos 37, 45 y 49 definió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Según la Corte Constitucional la figura de la indemnización sustitutiva tiene como fin garantizar los derechos irrenunciables a la vida, a la integridad física, al trabajo y a la igualdad y que se evite que el sujeto tenga que seguir trabajando hasta cumplir con el tiempo mínimo de cotización exigido para alcanzar dicha prestación. No obstante, es importante señalar que la persona que se encuentra en dicha situación tiene la posibilidad de seguir cotizando hasta cumplir los requisitos, por ejemplo, el número de semanas en cualquier momento dado el

carácter de imprescriptibilidad de esta prestación (Corte Constitucional expediente T-3240442, 2012).

Siguiendo con lo anterior, la Sentencia T-080 del 11 de febrero de 2010 se refiere a la indemnización sustitutiva como:

(...) una especie de ahorro que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, los cuales tendrán derecho de recuperar ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 el cual fue reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, dicta:

Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993 por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando se presente una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

Finalmente, la Corte entiende que en los casos en los que se pretende el reconocimiento de la indemnización sustitutiva se debe dar eficacia a la prohibición del enriquecimiento sin causa. Lo anterior por cuanto si una entidad que recibió las cotizaciones pensionales de un afiliado, no le reconoce la prestación solicitada [en este caso la indemnización sustitutiva] y, además, retiene los aportes que realizó durante su vida laboral, la administradora o caja tiene a su favor un activo líquido sin causa que lo justifique. En esa medida, si un usuario no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y manifiesta que no tiene recursos para continuar cotizando al sistema, es necesario devolverle las cotizaciones efectuadas mediante la figura de la indemnización sustitutiva. (Corte Constitucional, expediente T-7.057.930, 2019)

4. REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS)

El régimen de ahorro individual con solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados.

De acuerdo a lo establecido por la ley 100 de 1993, este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.

Así mismo, este régimen se encuentra administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), y dispone por la Ley 100 de 1993 que para su cotización se deben realizar aportes mensuales durante todo el periodo laboral segmentados en un 75% por parte del empleador y un 25% por parte del empleado de manera periódica mensual a una cuenta de ahorro individual que para ello dispone el fondo de pensiones obligatorias, siendo estos unos dineros a los que se pueden acceder con sus respectivos rendimientos financieros al momento de pensionarse a través de una mesada pensional o al cumplir con los requisitos para devolución de saldos (Pulido, 2015).

De otra parte, el RAIS que es al que más acceden los contribuyentes colombianos, y está basado en un ahorro que se realiza a través de cotización contando a su vez con unos rendimientos financieros de dichos aportes, garantizando con el cumplimiento de unos requisitos, el acceso a una pensión mínima por vejez, invalidez o sobrevivencia, o en su defecto indemnizaciones sustitutivas, que son calculadas a partir de los aportes acumulados que tenga el afiliado, con sus respectivos rendimientos financieros (Santamaría & Piraquive, 2013).

Este es un régimen cuyo funcionamiento, ha sido trabajado analíticamente por diversos autores e instituciones, como lo es el caso de Fedesarrollo (2009) para quien el Sistema General de Pensiones en los regímenes RPM y RAIS, en lo que respecta a su estructura, su reglamentación sobre afiliaciones y cotizaciones, tipos de pensiones (vejez, sobrevivientes e invalidez), prestaciones económicas, regímenes especiales y de transición, y servicios adicionales, pueden desarrollarse conjeturas asociadas a las reformas necesarias del sistema, ya que según Serna y Lora (2000), este puede verse desbordado en su alcance y capacidad, en

consideraciones que requieren ser mitigadas con reformas estructurales a dicho sistema, que mengüen no solo su insostenibilidad, sino también su inequidad distributiva, que de manera similar lo establece.

Esta visión es a su vez compartida por Muñoz, Romero y Tuesta (2009) del grupo de investigaciones económicas el BBVA, quienes establecen que con el actual sistema existe una carga de envejecimiento que va a erosionar a futuro el pasivo pensional más allá de su capacidad, lo que va a representar serias dificultades en materia pensional, que van a requerir de un alto compromiso fiscal, derivada de la responsabilidad pública del sistema pensional, aunque este es otro tema asociado al sistema pensional colombiano que se sale de los alcances de este documento y por lo tanto no es desarrollado.

4.1. Pensión de vejez

De acuerdo a los requisitos exigidos en el artículo 64 de la ley 100 de 1993, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Una de las características más relevantes de la pensión de vejez es que no está sometida, en principio, a requisitos de edad ni de cotizaciones; puede entenderse que dicho régimen está diseñado para que sea el propio afiliado quien planea o proyecte su pensión de vejez de acuerdo a su poder adquisitivo, es decir que el afiliado reúna en su cuenta pensional el capital necesario para financiar la pensión con la cual ha planeado vivir su etapa de pensionado.

4.2. Devolución de saldos

Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres que no alcanzaron a cotizar el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho como lo establece la ley 100 de 1993 en su artículo 66.

Así mismo, se reconoce la devolución de saldos en caso de que el afiliado se invalide o fallezca sin cumplir los requisitos exigidos para acceder a una pensión de invalidez o de sobrevivientes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 72 y 78 de la ley 100 de 1993.

4.3. Bonos pensionales

Los Bonos Pensionales son títulos de deuda pública destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones colombiano que está compuesto por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2015).

Como lo consagra la Ley 100 de 1993 en el artículo 67 “los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, solo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley (...)”.

Existe una normatividad que cobija específicamente los requisitos para la emisión y redención de los bonos pensionales que se deban expedir por traslado de los servidores públicos al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se encuentra consagrada en el Decreto 1314 de 1994. Esta norma, en su artículo 2º, dispone que “[habrá] lugar al bono pensional de

que trata [el Decreto 1314] cuando el traslado que lo origina corresponda a quienes estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a alguna de sus entidades descentralizadas como servidores públicos de cualquier orden, con vinculación contractual o legal y reglamentaria”. Adicionalmente, prescribe que los bonos pensionales deberán ser emitidos dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de traslado del afiliado al régimen de prima media. (Corte Constitucional, expediente T-7.057.930, 2019)

El artículo 4° del decreto en cita, consagra que estos bonos pensionales deben ser emitidos por la última entidad pagadora a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o la entidad territorial. A su vez, el artículo 7° regula lo relacionado con su redención, cuando el usuario se pensione en el Instituto de Seguros Sociales por vejez, invalidez o cuando se cause la pensión de supervivencia y cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva. (Corte Constitucional, expediente T-7.057.930, 2019)

De acuerdo con esta norma, es evidente que el bono pensional se puede redimir en los casos en los que hay lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, cuando la persona prestó servicios al Estado o a una de sus entidades descentralizadas y que se trasladó al ISS. (Corte Constitucional, expediente T-7.057.930, 2019)

4.4. Clasificación de bonos pensionales

Según quien sea el responsable la expedición de los bonos pensionales, estos se clasifican en:

- a) Bonos pensionales expedidos por la Nación.
- b) Bonos pensionales expedidos por las entidades del sector público que no sean sustituidas por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional.
- c) Bonos pensionales expedidos por empresas privadas, o por cajas pensionales del sector privado que tenían exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

4.5. Tipos de bonos pensionales

- 1) Bonos Tipo “A”: se emiten a favor de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 2) Bonos Tipo “B”: para quienes se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Se emiten a favor del de Colpensiones por cuenta de los empleados públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones se trasladaron al Instituto de Seguros Sociales.
- 3) Bonos Tipo “C”: se emite a favor del Fondo de Previsión del Congreso, por cuenta de los afiliados que se trasladaron a dicho Fondo, al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones.
- 4) Bonos Tipo “E”: son los Bonos que recibe Ecopetrol por las personas que se hayan vinculado a Ecopetrol con posterioridad al 31 de marzo de 1994.
- 5) Bonos Tipo “T”: son los Bonos que recibe Colpensiones por los servidores públicos que le cotizaban al ISS, hoy en día Colpensiones, y cuyo objetivo es cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones y el Régimen previsto para los afiliados a Colpensiones.

5. RÉGIMEN EXCEPCIÓN DE LAS FUERZAS MILITARES

La legislación vigente del régimen pensional de la Fuerza Pública se encuentra regulada entre otras por los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 y el Decreto 4433 del 31 de diciembre 2004, por medio de la cual se fijaron los objetivos y

criterios que debe tener en cuenta el Gobierno para fijar el régimen pensional y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

El personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa o servidores públicos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, de conformidad con los decretos 94 de 1958 y 351 de 1964, y los artículos 4 y 72 del decreto 091 de 2007, el concepto 842 de 1996 del Consejo de Estado artículo 2 del decreto 1214 de 1990 y el decreto 2743 de 2010, hacen parte de la fuerza pública (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sentencia con número de radicado 2012-0039 001 de 2015).

El personal civil (personas que no son militares, y tampoco policías) al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, vinculado mediante contrato de trabajo antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hacen parte del Régimen Pensional y de Asignación de la Fuerza Pública; y sus pensiones se rigen por los Decretos 94 de 1989, 1214 de 1990, 1792 de 2000, y Decreto 1796 de 2000 (Suárez, 2011).

La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004, ha señalado que la existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003). Por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución.

En dicha sentencia se establece como objetivo y límites que debe tenerse en cuenta al régimen prestacional de la fuerza Pública es que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en

porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente (Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004, p. 3). Pero no se trata de reconocer privilegios o prerrogativas que desborden el contenido prestacional de la garantía a la seguridad social, es decir, la regulación especial que para el efecto establezca debe enmarcarse en el fin constitucional que cumplen los preceptos superiores que la autorizan (Const. 1991, arts. 150, <numeral 19, literal e>, 217 y 218) y, además, debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. En esta medida, dichas prestaciones resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los miembros de la fuerza pública con el resto de los servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios. De lo contrario, si el objetivo de la prestación desborda los citados límites el reconocimiento de dicha prestación resulta inconstitucional, pues otorga un beneficio carente de una causa constitucional real y efectiva (Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004, p. 3).

De igual forma, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en su sentencia del 17 de mayo de 2007, radicación número: 25000-23-25-000-2003-08152-01(8464-05), Consejero Ponente JAIME MORENO, señala que el principio de nivelación u oscilación de las asignaciones de retiro, aplicable de manera exclusiva al personal de la Fuerza Pública, tiene como objetivo preservar el derecho a la igualdad entre iguales, el personal activo y el personal retirado, y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo.

Arenas, G. (2011), en su libro “El Derecho Colombiano de la Seguridad Social” resume cuáles fueron las principales consecuencias o aportes de la Ley 923 de 2004, ya que ésta estableció las normas generales, criterios y objetivos del régimen pensional de la fuerza pública, facultando al Ejecutivo para fijar el mencionado régimen. Los aspectos más importantes de esta ley son, según Arenas (2007, p 3):

Que el Congreso, mediante la ley ordena al Gobierno que tuviese en cuenta a la hora de elaborar el régimen, los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad y solidaridad. Es decir, el Sistema de Seguridad Social, debe vincular y proteger a todos los habitantes del territorio nacional, en igualdad de condiciones, sin tener en cuenta distinción alguna, y lograrlo haciendo el mejor uso tanto de los recursos económicos, profesionales e institucionales. Así mismo, exige que se respetaran los derechos adquiridos y se tuviesen en cuenta factores como los riesgos inherentes a la actividad, la política macroeconómica y fiscal y la destinación de los recursos del Estado. Dispuso se debía fijar un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes está próximos a pensionarse. Denominó a la pensión de vejez como Asignación de Retiro, la cual sería fijada teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio, y el aportado. Por último, el tiempo de servicio es variable según la causal de retiro, la legislación aplicable y otras circunstancias. (Arenas Monsalve, 2007, pág. 3)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca recuerda que, tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como en la actual de 1991, en los artículos 166 y 217 respectivamente, los miembros de las fuerzas armadas y la Policía Nacional han gozado de un régimen prestacional especial, sin sujeción a la edad, dada la naturaleza del servicio que cada uno desempeña (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sentencia con número de radicado 2012-0039 001 de 2015).

El personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa o servidores públicos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al tenor de los decretos 94 de 1958 y 351 de 1964, 4 y 72 del decreto 091 de 2007, el concepto 842 de 1996 del Consejo de Estado artículo 2 del decreto 1214 de 1990 y el decreto 2743 de 2010, hacen parte de la fuerza pública (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sentencia con número de radicado 2012-0039 001 de 2015).

El decreto 94 de 1958, en la parte considerativa en su inciso segundo establecía que:

El personal de las Fuerzas Armadas está constituido orgánicamente por oficiales, personal administrativo y auxiliar, suboficiales y soldados; dentro del personal administrativo y auxiliar están los civiles que de manera permanente vienen sujetos a la disciplina militar y al Código de Justicia Penal Militar, siendo por otra parte su disponibilidad de 24 horas al día, sin que ello represente reconocimiento de pagos extraordinarios.

Lo anterior le permite inferir a la Sala que el personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares y Policía Nacional históricamente ha sido considerado como integrantes de la fuerza pública. Vale decir, esa connotación se generó con anterioridad al decreto 2743 de 2010.

Los servidores públicos civiles que prestan sus servicios en las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional se encuentran regidos, entre otras normas, por el Decreto 1214 de 1990, por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, el decreto 1792 de 2000, por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especia, el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

5.1. Asignación de retiro para la fuerza pública

La asignación de retiro es una prestación que se asimila a la pensión de vejez otorgada a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad de la Ley 100 de 1993, que permite a los miembros de la fuerza pública, continuar percibiendo un ingreso económico en el evento de que se produzca su desvinculación laboral por alguna de las siguientes causas: el llamamiento a calificar servicios, la voluntad de la Dirección General, la disminución de la capacidad

psicofísica, por solicitud propia o en caso de que sean destituidos (Corte Constitucional, Sentencia T-415, 2016).

Como dice Linares (2007), “ésta se equipara a la pensión de vejez que se otorga a los ciudadanos civiles cobijados por la Ley 100 de 1993”.(p. 10).

Según lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 en el artículo 14, para adquirir el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares deben de cumplir como mínimo dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T – 512 de 2009, se refirió a este derecho en los siguientes términos:

Resulta claro que la asignación de retiro goza de una naturaleza prestacional que es susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Claramente la asignación de retiro dentro del Régimen Especial de Prestaciones Sociales de la Fuerza Pública, es lo que para el Sistema Integral de Seguridad Social se conoce como la pensión de vejez, mientras que para el primero se exige un tiempo mínimo de servicio activo en la institución, en el segundo, actualmente se exige tiempo de cotización y edad, son instituciones equiparables respecto su función y objetivos, pero disimiles desde el punto de vista de condiciones de acceso. (Rodríguez, 2015)

Por otra parte, el régimen pensional del personal civil que se encontraba vinculado al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, está regulado por el Decreto 1214 de 1990, el cual en los artículos 98 y 99 estableció que:

El empleado público que acredite veinte años de servicio continuo o discontinuo al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado.

En efecto, en el artículo 100 del mencionado decreto se instauró la pensión por aportes.

A partir de la vigencia del presente Decreto, conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las Entidades de Previsión Social o de las hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencia, comisariat o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

6. JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENSIONAL DE LOS INTEGRANTES DE LA FUERZA PUBLICA

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1988, el presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 o estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y el Decreto 1214 del 8 de junio de 1990 o estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia reconocimiento de pensión de jubilación, expediente radicado número 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14), 2017).

En la sentencia C-888 de 2002, la Corte Constitucional encontró que el tratamiento diferente entre el régimen prestacional de los miembros civiles al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, contemplado en el Decreto 1214 de 1990, y el régimen de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no constituyen una discriminación pues regulan situaciones de hecho distintas “que ameritan constitucionalmente un tratamiento legislativo diferente”.

De igual forma en la sentencia C-1143 de 2004, la Corte Constitucional al referirse a la validez constitucional del trato diferencial formulado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 entre el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y el régimen del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, precisó:

Mientras que a los primeros se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos se les excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

(...) Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que, por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado.

Así entonces, concluye la Corte Constitucional en la sentencia en mención lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución, (ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990

se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia reconocimiento de pensión de jubilación, expediente radicado número 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14), 2017).

En virtud del marco normativo que regulan el Sistema de Seguridad Social Integral, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

(...) Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

Dentro de los fundamentos constitucionales y legales de la Indemnización Sustitutiva, la Corte Constitucional mediante sentencia T-164 de 2017 señala que el derecho a la seguridad social en su dimensión pensional (artículo 48 de la Constitución Política) se caracteriza en principio por la garantía de irrenunciabilidad para todos los habitantes, la ampliación de la cobertura y la protección de los derechos adquiridos.

No obstante lo anterior, no siempre es posible consolidar un derecho pensional teniendo en cuenta que en el esquema de aseguramiento de las prestaciones sociales del régimen de prima media, concurren por un lado, los esfuerzos del afiliado ya sea dependiente de una relación de trabajo o independiente (cotizaciones) y por otro, un porcentaje de financiación proveniente del fondo común (subsidio), para que nazca un derecho pensional al acreditarse las condiciones legales de edad y número de semanas (Corte Constitucional, Sentencia T-164, 2017).

Ante la situación en que las personas habiendo cumplido la edad para pensionarse y no hayan alcanzado a cotizar el mínimo de semanas exigidas para el reconocimiento de esta prestación, la ley 100 de 1993 estableció en el artículo 37 y 66 la figura de la indemnización sustitutiva para el Régimen de Prima Media. Sobre el particular, al declararse la asequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en la sentencia C-375 de 2004 la Corte dejó en claro que:

La finalidad de esta es permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas [hoy 1300] para reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aun cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo.

Por otra parte, la devolución de saldos fue creada como un mecanismo que pretende auxiliar a quien cotizó al sistema pensional, pero por diversas razones no pudo consolidar su derecho. La devolución de saldos, al igual que la indemnización sustitutiva, constituye un auxilio económico para todas aquellas personas que, teniendo la edad para pensionarse no cuentan con el capital necesario o la cantidad de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho pensional y no tienen la posibilidad financiera de continuar cotizando al sistema para adquirir su estatus. Constituye un derecho imprescriptible, irrenunciable y suplementario (Corte Constitucional, Sentencia T-100, 2015).

Así las cosas, dentro del conjunto principal de derechos económicos que contiene el sistema, con fines pensionales, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), concuerdan en el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes. No obstante, en aquellos casos en los que el afiliado coticé al sistema con la expectativa de consolidar su derecho pensional y no pueda lograrlo por distintas razones, se estipuló en el RPMPD una

indemnización sustitutiva de la pensión y en el RAIS la devolución de saldos (Corte Constitucional, Sentencia T-100, 2015).

Luego en aquellos casos en los que se advierte la imposibilidad física y económica del actor para continuar laborando y cotizando al sistema, y no haya aportado el mínimo o acumulado el capital necesario y ello es acreditado siquiera sumariamente, le corresponde a la administradora de fondos realizar la devolución de saldos como quiera que, no realizarlo, (i) transgrediría los derechos fundamentales del aportante, principalmente, el mínimo vital y la seguridad social e (ii) incurriría en un enriquecimiento sin causa habida cuenta que esos dineros, como se mencionó previamente, son un ahorro del trabajador y es a este al que le corresponde disfrutarlos máxime si se tiene en cuenta que son el fruto de su esfuerzo (Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 2015).

En este mismo sentido en su Sentencia del 26 de octubre de 2006, Sección Segunda, radicación número: 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04), el Consejo de Estado señala que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue consagrado en la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual salvaguarda los derechos adquiridos y deroga las disposiciones que le sean contrarias y que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional para reafirmar la unidad del sistema a partir del 1º de abril de 1994, entra la Sala al estudio del derecho reclamado, previsto en el artículo 37.

Es preciso señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 1995, declaró la exequibilidad condicionada de un aparte del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que exceptuó de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. “siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)”, en razón a lo siguiente:

(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios

que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-597, 1993).

En la ya mencionada sentencia C-461 de 1995, la Corte señala que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una “garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones”.

Atendiendo la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sentencia T-685 de 2007, se refirió a la aplicación del principio de favorabilidad en tratándose de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional, en el siguiente sentido:

(...) De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

(...) En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, (...) en caso de duda

en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-432, 2004).

De esta manera la Corte Constitucional, en su sentencia T-685 del 31 de agosto de 2007 concluye que:

cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

En aplicación de los anteriores lineamientos jurisprudenciales, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-685, 2007).

Dentro de la aplicación del principio de favorabilidad el Consejo de Estado en su Sentencia de Unificación SII-009-2018 de 2018, establece que:

Frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales buscan ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual

implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos (i) Si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

En virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 previsto en la Ley 100 de 1993 que señala “todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación, número de radicado 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), 2018).

Ahora, si bien el régimen general exceptúa de su ámbito de aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares en el artículo 279, también es cierto que en el artículo 288 ibídem, permite que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia esta le resulta más favorable y siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación, número de radicado 3760-16, 2018).

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación -SII-009-2018, nos trae un recuento de los diferentes instrumentos internacionales que se ocupan en materia de seguridad social entre los que se resalta el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse, a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), la cual contempló las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes como una garantía mínima para las personas protegidas. Luego se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte en 1967, en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 22 reconoce que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”. En 1952, la OIT adoptó el Convenio sobre la Seguridad Social, y en 2001 puso en marcha una Campaña Mundial en materia de Seguridad Social y Cobertura para Todos (Rodríguez, 2015).

El Convenio número 102 sobre la seguridad social (norma mínima) es considerado como una herramienta para la extensión de la cobertura de la seguridad social y establece que los regímenes de seguridad social deben ser administrados sobre una base tripartita con el fin de garantizar y fortalecer el diálogo social entre gobiernos, empleadores y trabajadores, el cual se rige bajo los siguientes principios (OIT, 1952, El Convenio sobre la Seguridad Social (normas mínimas) número 102, [en línea]).

- La garantía de prestaciones definidas.
- La participación de los empleadores y de los trabajadores en la administración de los regímenes.
- La responsabilidad general del Estado en lo que se refiere a las prestaciones concedidas y a la buena administración de las instituciones; y
- El financiamiento colectivo de las prestaciones por medio de cotizaciones o de impuestos.

Así mismo, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación, número de radicado 3760-16, 2018).

7. CONCLUSIONES

La exclusión por parte del legislador de la Indemnización Sustitutiva y devolución de aportes, en el régimen de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, se considera como injustificable y discriminatoria por la vulneración de los principios de igualdad, equidad y favorabilidad, sí se tiene en cuenta que el personal afiliado al régimen de excepción, al encontrarse ante una misma situación de hecho y cumpliendo con los requisitos establecidos en el Sistema General de Pensiones, no pueden acceder a estas prestaciones.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado quienes han venido unificando sus criterios y posición, acerca del vacío jurídico que puede presentarse dentro de un marco legal que rige al régimen de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, en temas concernientes a los derechos prestacionales, para lo cual se debe reconocer un derecho igual o superior al consagrado en el sistema general de pensiones, establecido por la ley 100 de 1993.

Debido a su relevancia e importancia jurídica que abarca el problema jurídico planteado en este artículo, el Consejo de Estado, de la misma forma como lo hizo por medio de la Sentencia de Unificación SII-009 de 2018 para la Pensión de sobreviviente de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, deberá sentar jurisprudencia en lo que respecta al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y devolución de aportes para aquellas personas que habiendo cumplido la edad para pensionarse no alcanzaron el mínimo de semanas de cotización y se encuentran en las mismas circunstancias de hecho ante los afiliados al régimen general de pensiones.

Finalmente, este documento ha sido originado a partir de una consulta recibida, el cual para su planteamiento y estructuración del problema jurídico planteado, se ha tenido en cuenta el escrito del “El estado del arte como estrategia de formación en la investigación” de Sandra Patricia Rojas Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, donde se plantea que una

de las primeras etapas que debe desarrollarse dentro de una investigación, puesto que su elaboración, que consiste en “ir tras las huellas” del tema que se pretende investigar, permite determinar cómo ha sido tratado el tema, cómo se encuentra en el momento de realizar la propuesta de investigación y cuáles son las tendencias.

REFERENCIAS:

- Arenas Monsalve, G. (2014). *Estudio sobre la seguridad social, Segunda Parte, Los principios de la seguridad social en Iberoamérica: una visión a la luz del código iberoamericano de seguridad social*. Madrid, España: Secretaria General de la OISS.
- Arenas Monsalve, G. (2007). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá D.C., Colombia. Legis editores.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Bogotá D.C. Ed. Leyer.
- Concepto UGPP (5 de mayo de 2017). *Ponencia indemnización sustitutiva*. [en línea] Recuperado de: <https://www.ugpp.gov.co/sites/default/files/sites/default/files/pensiones/Certificaciones-Laborales.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". (26 de octubre de 2006) Radicación número 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04). [CP Jaime Moreno García]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (9 de marzo de 2017) *Reconocimiento de pensión de jubilación en aplicación del decreto 1214 de 1990*. Radicado número: 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14) [en línea]. Recuperado de: [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-25-000-2011-00040-01\(3823-14\).htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14).htm) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (01 de marzo de 2018) Sentencia de Unificación, *Pensión de sobreviviente de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad*. Número de radicado 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16). [CP William Hernández Gómez]

- Corte Constitucional. (11 de marzo de 1993) Sentencia C-104, Proceso N° D-164. [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional, Sala plena. (15 de diciembre de 1993) Sentencia T-597. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. (06 de mayo de 2004). Sentencia C-432. [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. (27 de abril de 2004) Sentencia C-375. [MP Eduardo Montealegre Lineth]
- Corte Constitucional. (31 de agosto de 2007) Sentencia T-685 [MP Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional. (24 de agosto de 2011). Sentencia C-634, expediente D-8413. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional. (2 de marzo 2012) Sentencia T-149. [MP Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional. (12 de octubre de 2012) Sentencia C-461. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2012) Sentencia T-1075,[M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio]
- Corte Constitucional. (11 de marzo de 2015) Sentencia T-100. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (8 de agosto de 2016) Sentencia T-415 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional. (13 de marzo de 2017) Sentencia T-164. [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional. (02 de abril de 2019) Sentencia T-148. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Defensoría del Pueblo. (s.f.). *Sistema General de Pensiones Regimen De Prima Media*. Bogotá D.C.
- Fedesarrollo (2009). El sistema general de pensiones: ¿por qué sigue siendo insostenible, de baja cobertura e inequitativo? Bogotá: El Autor.
- Galindo, J. M. (2015). La Asignación de Retiro en el Régimen Prestacional de La Policía Nacional. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Colombia. Congreso de la República. (1993) Ley 100 de 1993: Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicran otras disposiciones. Bogotá D.C: Diario Oficial.

- Colombia. Congreso de la República (2003) Ley 797 de 2003: Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Bogotá D.C: Diario Oficial.
- Llano, J. V. & Velasco, N. (2016). Derechos fundamentales: Un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10(2), pp. 3555. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1317/125 (se incluye un texto)
- Linares, L. (2007). Régimen Pensional De La Fuerza Pública. Colombia. Grupo Editorial Ibáñez Ltda.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (11 de septiembre de 2013) *Bonos pensionales* [en línea]. Recuperado de: http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FMIG_30060604.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Muñoz, Ángel.; Romero Carolina.; Téllez, Juana. & Tuesta, David. (2009). *Confianza en el futuro: Propuestas para un mejor sistema de pensiones en Colombia*. Bogotá: BBVA; Norma.
- Organización Internacional del Trabajo. (1952). *El Convenio sobre la Seguridad Social (normas mínimas) número 102*, [en línea]. Recuperado de: https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm
- Pacheco Pulido, I. M. (2015). *Del régimen jurídico pensional en Colombia: un estudio sobre la inaplicabilidad del habeas data sobre la información del cotizante*. Universidad Católica de Colombia. (se incluyó un texto pagina 5)
- Pardo, Rafael. (2013). Colombia: un nuevo modelo de protección para la vejez. En: Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones 18 [FIAP]. *El Ahorro Individual: mejores pensiones y más desarrollo económico*. Bogotá: Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones [FIAP].

- Rodríguez Meza R. (2003). *Reformas a la Seguridad Social en Colombia*. Bogotá D.C. Rodríguez Quito Editores.
- Rodríguez Galindo, J. M. (2015). *La asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. Se incluye un texto.
- Rojas, Sandra P. (2007). *El estado del arte como estrategia de formación en la investigación*. Universidad Católica de Colombia.8se incluyo texto en la parte de conclusión)
- Ruiz, M. (2011). “Políticas públicas en salud y su impacto en el seguro”Tesis Doctoral en Estudios Fiscales. Culiacán.: Universidad Autónoma de Sinaloa. Facultad de Derecho.
- Salazar Morales, L. J. (2015). *Derecho a la Pensión de sobreviviente, para los hijos de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*. Universidad Católica de Colombia.
- Santamaría, Mauricio., & piraquive, Gabriel . (2013). Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. Bogotá: Departamento Nacional De Planeación [DNP].
- Serna, Carmen & Lora, Eduardo (2000). Hacia un envejecimiento responsable: las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina. Cuadernos económicos de ICE, 65, 283-324.
- Silva, A. (2010). El principio de progresividad en el sistema de seguridad social en pensiones. Trabajo de grado Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social. Santiago de Cali.: Universidad ICESI. Facultad de derecho.
- Suárez, S. J. J. (2011) Régimen Pensional Y De Asignación De Retiro De La Fuerza Pública, De Cara Al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, Corporación Universitaria de la Costa “Cuc”, Barranquilla .
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”. (29 de enero de 2015). *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Radicado Número 2012-0039 001. [MP César Palomino Cortés]
- Valero Rodriguez, O. M.. (2016). *Régimen de Pensiones en las convenciones Colectivas de Trabajo*. Universidad Católica de Colombia.

